

Informe 46/98, de 17 de marzo de 1999. "Consideración de la sociedad 'Empresa de Transformación Agraria, S.A.' (TRAGSA) como instrumento o medio propio de una Entidad Local, para la ejecución de actividades objeto de un contrato de obras".

8.19. Varios.

ANTECEDENTES

1. Por el Presidente del Cabildo de Gran Canaria se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«En cumplimiento de lo acordado por este Cabildo de Gran Canaria y para despejar definitivamente las dudas de cara al futuro, y en aras de la seguridad jurídica y cumplimiento de los Ordenamientos Jurídicos comunitario y español, adjunto les remito copia compulsada del expediente administrativo completo relativo a la entidad mercantil estatal denominada "Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima" (TRAGSA), al objeto de que, teniendo en cuenta la contradicción existente entre los dos informes jurídicos evacuados por el letrado asesor de esta Corporación Insular y el emitido por la Asesoría Jurídica de TRAGSA, se nos informe sobre la adecuación o no a Derecho del propósito de TRAGSA de que el Cabildo le adjudique directamente obras y demás contratos al margen de los procedimientos previstos en el Derecho comunitario sobre la contratación pública y en al propia Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas.»

2. Conforme se hace constar en el anterior escrito al mismo se acompaña copia del expediente administrativo completo relativo a la "Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima", en adelante TRAGSA, constituido fundamentalmente por la siguiente documentación:

- a) Borrador de convenio a celebrar entre el Cabildo de Gran Canaria y TRAGSA, acompañado de diversa documentación, aportada al parecer por la Empresa TRAGSA, entre cuya documentación complementaria figura fotocopia del informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 26 de julio de 1995 (Expediente 22/95) y Nota sobre el expediente de infracción abierto a TRAGSA y posteriormente archivado por la Comisión Europea.
- b) Informe de 19 de septiembre de 1996 del Letrado asesor del Cabildo de Gran Canaria, integrado por 16 folios, en el que concluye que, con la excepción de las obras de emergencia y las consultas del excepcional procedimiento negociado, en las que podría tenerse en cuenta a TRAGSA, en los demás supuestos se debe aplicar la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, por ende, contratar las obras mediante procedimientos abiertos o restringidos.
- c) Informe del Jefe de la Asesoría Jurídica de TRAGSA de 11 de noviembre de 1996, integrado por 31 folios, en el que en once apartados de conclusiones se mantiene la posibilidad de celebración del convenio entre el Cabildo y TRAGSA.
- d) Nuevo borrador del convenio de referencia en el que expresamente se consigna que TRAGSA y sus filiales tienen la condición de medio propio instrumental y servicio técnico del Cabildo de Gran Canaria y, en consecuencia, que las actuaciones que a título obligatorio llevan a cabo TRAGSA o sus filiales se considerarán directamente realizadas por el Cabildo, conforme el régimen previsto en los artículos 153.1 para obras, 155.2 para gestión de servicios, 195.1 para suministros y 197.1 en relación con el 203.1 para servicios, consultorías y asistencias, todos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas.

e) Nuevo informe de la Asesoría Jurídica de TRAGSA fechado el 5 de junio de 1998 y constituido por 14 folios, en el que rebatiendo los argumentos del Letrado Asesor del Cabildo vuelve a insistir en la viabilidad jurídica del convenio a que se refiere el expediente.

f) Segundo informe del Letrado asesor del Cabildo de Gran Canaria fechado el 29 de julio de 1998, integrado por 13 folios, en el que vuelve a reiterar los criterios de su primer informe y propone que "para despejar las dudas de cara al futuro y las posiciones jurídicas contrarias existentes en la actualidad, así como en aras de la seguridad jurídica y cumplimiento de los ordenamientos jurídicos comunitario y español, procedería que este Cabildo adoptara el acuerdo de formular la oportuna consulta, con remisión del expediente administrativo completo, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y también a la Comisión de la Comunidad Europea (órgano al que compete velar por la aplicación de los Tratados y por la gestión y aplicación de las disposiciones dictadas para su aplicación)."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Antes de entrar en el examen de las cuestiones de fondo suscitadas conviene hacer algunas consideraciones previas sobre los aspectos formales de la tramitación del expediente.

Aparte de la fotocopia de ciertas disposiciones, del informe de esta Junta de 26 de julio de 1995, de una Nota sobre el expediente comunitario de infracción a TRAGSA y de las sucesivas versiones del borrador de convenio, el expediente está exclusivamente constituido por los extensos informes del Letrado Asesor del Cabildo y de la Asesoría Jurídica de TRAGSA, planteándose expresamente en el oficio de remisión del expediente que se resuelva la contradicción existente entre dichos informes, lo que obliga, como es obvio, a analizar el significado jurídico de los distintos informes obrantes en el expediente y, sobre todo, la competencia y funciones de esta Junta en relación con ellos.

2. Lo primero que hay que destacar es que, en el expediente, parecen ponerse en pié de igualdad los informes del Letrado Asesor del Cabildo y de la Asesoría Jurídica de TRAGSA, cuando tienen un significado distinto.

Los informes del Letrado Asesor del Cabildo son informes del órgano que tiene encomendado su asesoramiento jurídico y, por tanto, reciben el tratamiento previsto en los artículos 82, 83 y 54 1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es decir, son informes no preceptivos, ni vinculantes, de cuyos criterios el Cabildo puede apartarse con el requisito de motivar expresamente su decisión. Por el contrario los informes de la Asesoría Jurídica de TRAGSA, empresa que pretende celebrar un convenio con el Cabildo, deben considerarse opiniones de dicha empresa, sin el significado de los que emite el órgano de asesoramiento del Cabildo, a no ser que se entienda que, la posible consideración de medio propio, a la que posteriormente se aludirá, lleva consigo la conclusión de que la Asesoría Jurídica de TRAGSA es también Asesoría Jurídica del Cabildo de Gran Canaria, tesis que, por absurda, debe quedar plenamente rechazada.

Sentado lo anterior y, en este punto, hay que reiterar criterios anteriores de esta Junta (Informes de 18 de diciembre de 1996 -expediente 62/96- y de 11 de noviembre de 1998 -expediente 31/98-) en el sentido de que nuestro ordenamiento jurídico no establece un sistema de alzadas en materia de informes jurídicos de manera que los de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sirvan para desvirtuar el contenido de otros informes que obren en el expediente -en este caso concreto para resolver discrepancias entre informes- y muy claramente deja en libertad a los órganos de contratación, salvo en los supuestos excepcionales de informes vinculantes, de seguir o apartarse de los criterios de los informes emitidos sin más requisito, en el segundo extremo de la alternativa, que motivar adecuadamente su decisión.

En el presente caso, resulta que sobre la cuestión de fondo planteada -la posibilidad de celebrar un convenio entre el Cabildo y TRAGSA- el primero cuenta con informes suficientemente expresivos en cuanto a tal posibilidad del Letrado asesor del Cabildo y que este último queda en libertad de resolver la cuestión ajustándose a los criterios de los informes emitidos o apartándose de ellos, lo cual le exigirá motivar su decisión, lo que no le resultará difícil teniendo en cuenta los extensos informes o manifestaciones incorporados al expediente procedentes de la Asesoría Jurídica de TRAGSA.

3. La conclusión del apartado anterior no constituye obstáculo para que esta Junta reitere criterios generales expuestos en anteriores informes u otros nuevos, teniendo en cuenta que así se solicita expresamente en el oficio de remisión, atendiendo una propuesta del Letrado asesor del Cabildo en su informe de 29 de julio de 1998 y que, entre la documentación aportada figura copia del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 26 de julio de 1998 (expediente 22/95) que pretende utilizarse como argumento en favor de la tesis de TRAGSA, lo que trata de contradecirse en el informe del Letrado asesor del Cabildo.

4. En primer lugar ha de destacarse que partiendo del dato de la personalidad y de la distinción, en el ámbito público, de las entidades sujetas al Derecho público y al derecho privado, la Junta Consultiva ha venido sosteniendo que mientras los Entes públicos sujetos del derecho público se relacionan con las Administraciones Públicas a través de los convenios excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 3.1 c), las entidades privadas, entre las que hay que incluir los entes o sociedades públicos sujetos en su actividad contractual al derecho privado, como sucede con TRAGSA, pueden celebrar con las Administraciones Públicas convenios excluidos de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en virtud de su artículo 3.1 d) de la misma, siempre que, en este caso, como dice literalmente el precepto, Asu objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales (dos informes de 4 de abril de 1989 -expedientes 1/89 y 6/89 y el informe de 15 de abril de 1993 -expediente 3/93).

Resultaría así que el convenio de colaboración entre el Cabildo de Gran Canaria y TRAGSA solo podría tener cabida en el artículo 3.1 d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siempre que su objeto no estuviese comprendido en los contratos regulados en la propia Ley o en normas administrativas especiales, lo cual no sucede en el presente caso en el que, por vía de convenio, pretende atribuirse directamente a TRAGSA obras y otros contratos.

5. En segundo lugar ha de hacerse mención del informe de esta Junta de 26 de julio de 1995 (expediente 22/95), que es utilizado en sentido contrario por el Letrado asesor del Cabildo y por la Asesoría Jurídica de TRAGSA.

La simple lectura del informe no arroja luz sobre la cuestión planteada, pues, aparte de producirse en un supuesto de falta de legitimación y, por tanto, carente apenas de argumentación, se limita a señalar que "en principio, las relaciones entre la Consejería de Medio Ambiente y Urbanismo del principado de Asturias y la empresa TRAGSA han de articularse en el marco de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, utilizando todas sus posibilidades, es decir, los supuestos de exclusión de la Ley, la ejecución de obras por la Administración y la utilización del procedimiento negociado siempre que, como es lógico, en cada supuesto concurren los requisitos legalmente establecidos" que es lo que, hasta ahora se viene razonando, sin que al archivo de una denuncia contra TRAGSA ante la Comisión Europea, pueda atribuírsele otro alcance que el derivado de su referencia concreta en el escrito de consulta sobre si el expediente instruido por la Comisión podía ser un obstáculo a la aplicación del convenio existente entre la Consejería consultante e ICONA.

6. Por último ha de abordarse la cuestión básica del expediente de si TRAGSA debe considerarse instrumento o medio propio del Cabildo de Gran Canaria. A juicio de esta Junta existen argumentos para descartar tal caracterización, fundamentalmente teniendo en cuenta que el artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social no menciona expresamente a las Entidades Locales, por lo que debe concluirse que es difícil admitir que TRAGSA sea medio propio o servicio técnico del Cabildo de Gran Canaria, a efectos de la ejecución de contratos.

En todo caso, si se llegara a la solución afirmativa que se cuestiona en el presente informe igualmente habría que llegar a la conclusión de la inutilidad del convenio que se pretende celebrar ya que las posibilidades de que TRAGSA actuase como instrumento o medio propio del Cabildo derivaría directamente de la Ley y no de la celebración de un convenio.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que no entra dentro de sus competencias específicas el resolver discrepancias entre informes jurídicos y que en el presente expediente, al existir informes del Letrado asesor del Cabildo de Gran Canaria sobre la cuestión de fondo suscitada, el propio Cabildo tiene libertad para decidir aceptando o apartándose de los criterios de los informes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82, 83 y 54.1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
2. Que, no obstante lo anterior, deben reiterarse criterios anteriormente expuestos por esta Junta en cuanto a las relaciones entre sociedades públicas mercantiles y las Administraciones Públicas, sin que existan argumentos suficientes para que se considere a TRAGSA instrumento o medio propio del Cabildo de Gran Canaria, lo que, en su caso, podría desvirtuar tales criterios.